

Contratação de soluções inovadoras pela Administração Pública: desafios e caminhos

Pedro Ivo Peixoto

Mestre em Administração Pública; Pós-Graduado em Direito Administrativo Empresarial; Advogado do BNDES

1 Introdução. 2 Conceito de soluções inovadoras. 3 O paradigma da especificação: o pulo do gato. 4 Caminhos para as empresas estatais. 4.1 O regulamento de licitações e seus caminhos. 4.1.1 Melhor técnica. 4.1.2 Técnica e preço. 4.1.3 Maior retorno econômico. 4.2 Contratação relacionada ao desempenho da atividade social e/ou oportunidade de negócio. 4.3 Fases de testes e provas de conceito. 4.4 Errar é preciso (mas coloque na matriz de riscos). 4.5 Habilitação. 4.6 Garantia contratual – escalonamento ou dispensa. 5 Caminhos para a administração direta. 5.1 Regulamentação por lei: estados e municípios. 5.2 Administração direta e a Lei 8.666/93. 5.2.1 Inexigibilidade + procedimento seletivo: segurança jurídica. 6 Conclusão.

1 Introdução

A contratação de inovações pela administração pública é um tema cada vez mais pujante na administração pública. O avanço tecnológico dos últimos anos fez com o que o Estado enfrentasse desafios não apenas para exercer sua função regulatória, mas também para incorporar nas suas entregas à sociedade a eficiência que as inovações tecnológicas são capazes de prover.

A rigidez da legislação e do controle sempre foram críticas comuns dos advogados e gestores que lidam com contratações públicas, e pode-se dizer que essas críticas aumentaram de intensidade na mesma proporção com que as inovações tecnológicas ofertavam soluções que a administração pública não conseguia interiorizar.

Não é exagero afirmar que há um consenso na administração pública sobre a sua própria ineficiência em contratar o que o mercado de tecnologia tem a oferecer. A notícia boa é que esse consenso está motivando os gestores públicos e engajando-os para superar esse desafio.

Vale destacar a existência de boas iniciativas governamentais que estudam mudanças nos textos legais que regem as compras públicas. Dada a importância e urgência da questão, é imperiosa a construção de caminhos mais céleres, visto que os processos de alterações legislativas são naturalmente complexos e demorados. Ademais, é importante que a adequação procedimental das contratações públicas esteja sob bases que possuam flexibilidade e agilidade para acompanhar o ritmo evolutivo do ecossistema de inovação.

Nesse contexto, esse artigo pretende discorrer sobre soluções jurídicas capazes de viabilizar contratações de inovações pela administração pública com base na legislação atualmente existente.

2 Conceito de soluções inovadoras

As soluções jurídicas aqui apresentadas serão baseadas no conceito de inovação previsto na Lei 10.973/2004, a chamada Lei da Inovação. A sustentação legal positiva é fundamental visto que há incessante discussão no mundo acadêmico e tecnológico sobre o conceito de inovação¹, o que, se extrapolado para o âmbito das contratações públicas, pode aumentar ainda mais a insegurança jurídica do instituto e inviabilizá-lo em definitivo.

Assim, o conceito de inovação proposto para sustentar as soluções jurídicas para as compras públicas é o previsto no inciso IV do art. 2º da Lei 10.973/2004:

inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.

Esse conceito atende adequadamente as necessidades a serem endereçadas pelos procedimentos licitatórios, pois ele comporta a “introdução da novidade ou aperfeiçoamento” tanto no âmbito interno quanto externo da administração pública. Assim, uma solução tecnológica que se enquadre no conceito citado pode ser considerada solução inovadora, independentemente de ser disruptiva ou incremental.

Vale ressaltar que para as teses jurídicas de contratação de soluções inovadoras aqui propostas apenas o conceito de inovação será extraído da Lei 10.973/2004. Isso porque o foco desse estudo está estritamente no suprimento das necessidades da administração pública, ou seja, na contratação propriamente dita, e não no “incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo”, como é o propósito da Lei de Inovação.

3 O paradigma da especificação: o pulo do gato

Para viabilizar a contratação de soluções inovadoras por licitação é necessário mudar a abordagem do que talvez seja o paradigma mais solidificado no instituto das contratações administrativas: a especificação do objeto.

Sabemos a complexidade do desafio que é propor uma reflexão sobre um instituto de tamanha sacralização, mas a necessidade de aprimoramento das compras públicas, agravada exponencialmente pelas crescentes perdas de oportunidade de incremento da eficiência estatal em decorrência da obsolescência das ferramentas contratuais atuais, nos impele a encarar tabus teóricos para atualizar conceitos e institutos.

É imperioso restabelecermos o protagonismo do Princípio da Instrumentalidade Procedimental no campo das contratações públicas, para que o Princípio da Eficiência seja efetivamente materializado.

Alexandre Santos Aragão² defende uma abordagem sobre o Princípio da Eficiência focada na valorização do caráter finalístico da lei. Ao tratar sobre a relação entre a eficiência e a tecnicidade normativa, o eminente jurista deixa claro que o foco finalista deve prevalecer na busca pela materialização da eficiência:

O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela *valorização dos seus elementos finalísticos*. É sob este prisma que as regras legais devem interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir

1. Sobre: *Manual de Oslo 2018*, 4. ed. OCDE. Disponível em: <<https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm>>.

2. ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Salvador: 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada equidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie. (grifamos)

Merece destaque a fundamental ressalva do doutrinador sobre o prestígio ao Princípio da Legalidade, que, de maneira nenhuma, é ameaçado nessa abordagem finalística. A eficiência confere materialidade à legalidade na medida em que exige o efetivo alcance dos resultados almejados pela lei para sua adequação.

Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes. (grifamos)

Essa lição de Alexandre Santos Aragão serve de alicerce para as ideias defendidas neste artigo, que propõe a aplicação da legislação vigente com foco nos resultados pretendidos pelo legislador.

Nesse contexto, vale relembrar a finalidade de qualquer processo de contratação pública: satisfazer uma necessidade da administração pública e da sociedade. A sistemática normativa das licitações deve ser edificada e interpretada na direção desse vetor, que é perfeitamente conciliável com o vetor da governança, cuja ferramenta maior deve ser a transparência.

As especificações técnicas são as protagonistas dos processos licitatórios, e esse papel precisa ser constantemente aprimorado para que as licitações sejam efetivamente capazes de satisfazer a necessidade que motivou a realização do certame. A sistemática legal das licitações sempre exigiu a especificação da solução pretendida pela administração, determinando, ainda, que ela deveria ser assertiva e detalhada. Essa é a lógica positivada na Lei 8.666/93, notadamente na definição de projeto básico prevista no inciso IX do art. 6º.

A exaustividade e objetividade do projeto básico demandam da administração um enorme esforço na fase interna da licitação, e, para alcançá-las, é necessário que a administração gaste muito tempo e energia (\$) pesquisando as soluções de mercado existente e objetivando-as num documento escrito.

Na área de tecnologia esse cenário é crítico e normalmente leva a administração pública a dois caminhos: ou há um enorme investimento de dinheiro público (pesquisas, consultorias, servidores) para mapear e especificar boas soluções de TI ou há um enorme déficit de eficiência administrativa pela incapacidade do órgão de mapear e especificar o que o mercado pode lhe oferecer. Sob a ótica do Princípio da Eficiência e dos deveres estatais perante a sociedade, os dois caminhos são consideravelmente questionáveis.

O binômio “inovações e licitações” é o ápice dessa encruzilhada, pois a complexidade e o dinamismo das soluções inovadoras devolvidas pelo mercado não são capturáveis pelas tradicionais ferramentas jurídicas e operacionais dos processos licitatórios.

A legislação e a jurisprudência que formam a sistemática normativa das licitações foram cunhadas em uma dimensão completamente diferente do ecossistema de inovação. Seus tempos, premissas e práticas são absolutamente distintas, o que impõe à administração pública um dever urgente de atualização para que o *gap* de eficiência entre o setor público e privado não cresça exponencialmente.

Esse diagnóstico já é um consenso entre os gestores públicos e também entre os atores do mercado de inovação que possuem ou querem possuir relação contratual com o governo. Há iniciativas na administração pública para tentar se aproximar do ecossistema de inovação, que, como é da sua natureza, mostra-se a aberto e receptivo, mas, ao mesmo, intolerante a obsolescências, sejam nas ferramentas ou nas ideias.

Uma recente iniciativa governamental que merece destaque positivo é o Marco Legal das *Startups*³, do qual tivemos a oportunidade de participar. Houve a participação colaborativa de diversas instituições públicas e privadas e o objetivo foi “identificar os gargalos que impedem a criação, crescimento, expansão dessas empresas e, com isso, propor melhorias normativas e também de mecanismos de estímulo às *startups*”. As melhorias normativas construídas foram submetidas à consulta pública, para, posteriormente, seguirem os caminhos institucionais.

Neste artigo, pretendemos propor caminhos que independem de alterações legislativas e podem ser percorridos com base nas ferramentas jurídicas existentes na legislação atual.

O “pulo do gato” para destravar as contratações de inovações pela administração pública nos parece estar numa mudança de paradigma das especificações técnicas. A sistemática legal e jurisprudencial que impõe especificações técnicas com alto grau de objetividade na descrição da solução pretendida torna a licitação incapaz de selecionar soluções inovadoras.

Para viabilizar a contratação de soluções inovadoras, as especificações técnicas precisam expor o problema a ser resolvido e os resultados pretendidos. Deve ser redirecionado para a fase externa o esforço que hoje a administração faz na fase interna da licitação: mapear o mercado, avaliar as soluções disponíveis e escolher a melhor solução.

Além do tempo (\$) gasto, esse exercício de especificação na fase interna culminará numa especificação provavelmente ultrapassada quando o edital for publicado, fora o provável risco de haver soluções melhores não mapeadas na fase interna, o que se torna cada vez mais inevitável diante do crescente dinamismo das inovações.

Assim, um edital de licitação que especifique o problema e os resultados esperados com a contratação, e deixe o conhecimento e avaliação das soluções existentes no mercado para a fase externa é duplamente mais eficiente, por otimizar o esforço da fase interna e por aumentar exponencialmente a probabilidade de contratação da melhor solução disponível.

Além dos benefícios econômicos, pode-se dizer que nessa sistemática há também um importante benefício intangível: maior transparência e participação social no processo de escolha da solução a ser contratada pela administração pública, visto que ela se dará num procedimento público e participativo.

A lógica aqui defendida já é utilizada em alguns procedimentos realizados pela administração pública, muitos configurados como “desafios” (sob a modalidade concurso), destinados a identificar soluções inovadoras para problemas descritos no edital (a mais famosa dessas iniciativas foi o PitchGov do Governo de São Paulo). Em regra, esses procedimentos são exitosos na identificação de boas soluções, mas encontram muitas dificuldades para concretizar a contratação.

3. <<http://www.mdic.gov.br/index.php/inovacao/marco-legal-de-startups>>.

A mudança de paradigma defendida neste é artigo é justamente para formatar um procedimento licitatório, nos moldes dos “desafios”, que de destine não apenas a identificar a melhor solução para o problema exposto no edital, mas, sobretudo, a contratá-la no mesmo certame.

4 Caminhos para as empresas estatais

Com a edição da Lei 13.303/2016, as empresas estatais ganharam um valioso mandato legal para construir ferramentas jurídicas para enfrentar desafios mais complexos através dos seus procedimentos licitatórios: o regulamento de licitações.

O art. 40 do Estatuto das Estatais positivou a legitimidade normativa dos regulamentos de licitações para regular importantes institutos dos procedimentos licitatórios. Além da legitimação desse espaço normativo, o legislador foi consideravelmente menos exaustivo quando comparado ao texto da Lei 8.666/93, o que, deliberadamente, exige que as estatais preencham lacunas procedimentais nos seus regulamentos internos.

A junção da delegação legal expressa com o caráter não exaustivo da Lei 13.303/2016 concede ao regulamento de licitações das estatais um espaço legítimo para normatizações específicas e inovadoras, conforme ressalta Alexandre dos Santos Aragão⁴:

O art. 40 do Estatuto atribui um relevante poder normativo às estatais (note-se: para as estatais, não para o Executivo central) para regulamentarem, ou seja, detalharem e interpretarem de forma geral e abstrata alguns dispositivos em seu âmbito. Essa regulamentação pelas próprias estatais já possuía um precedente no art. 119 da Lei 8.666/93, mas que não possuía maior relevância prática em razão da Lei 8.666/93 ser tão exaustiva que não deixava muito espaço para regulamentações.

[...]

Esse poder regulamentar das estatais pode legitimamente construir um espaço de inovação e potencialização das normas mais modernas trazidas pelo Estatuto. (grifamos)

Em recente dissertação de mestrado⁵, tivemos a oportunidade de analisar detalhadamente o regulamento de licitações de sete estatais federais (BASA, BB, BNB, BNDES, CEF, FINEP, PETROBRAS), com a finalidade de averiguar como elas preencheram esse espaço normativo. Foram analisados todos os artigos e parágrafos dos regulamentos de licitações dessas estatais, classificando-os de acordo com o seu conteúdo sob a seguinte grade:

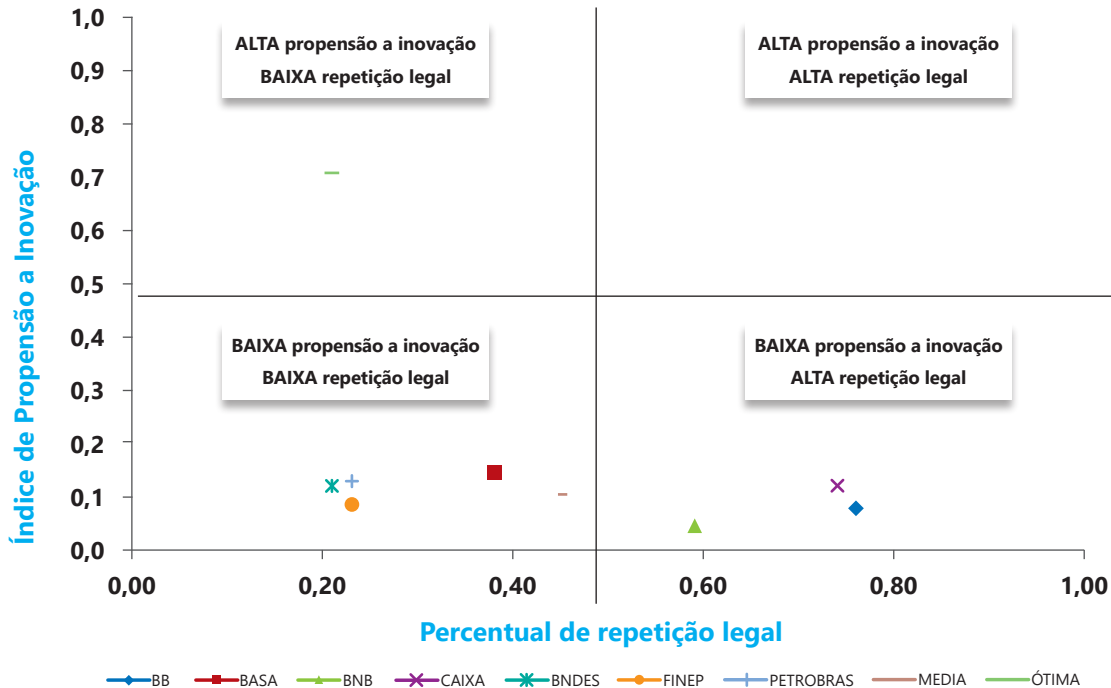
- a) inovação: introdução de um conceito ou procedimento inédito na legislação federal;
- b) reafirmação: reforço normativo específico de um princípio, valor, conceito ou regra já incidente em decorrência da legislação;
- c) repetição legal: reprodução de texto oriundo de diploma legal inexoravelmente incidente sobre a estatal;
- d) importação legal: reprodução de texto oriundo de diploma legal não obrigatoriamente incidente sobre a estatal;
- e) procedimentalização: disposição regulamentar que visa disciplinar rotinas, fixar atribuições internas, descrever documentos, detalhar institutos previstos na legislação, ou qualquer outra finalidade de natureza procedimental, não inovadora.

4. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

5. “Regulamentos de licitações editados sob a Lei 13.303/2016: instrumentos de inovação ou de repetição?”. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27262>>.

Os achados da pesquisa foram altos índices de repetição legal, de importação legal e de procedimentalização (que pode representar alta burocratização) e baixíssimos índices de inovação. A pesquisa permitiu a criação de uma matriz para consolidar a propensão à inovação⁶ das estatais e o percentual de repetição legal dos seus regulamentos, que resultou na seguinte configuração:

Figura 1 – Matriz de Inovações e Repetições



Fonte: elaboração própria

Assim, podemos afirmar, no espectro teórico e empírico, que há um enorme espaço normativo a ser preenchido pelas estatais para regular seus procedimentos licitatórios endereçando seus desafios específicos.

No Estatuto das Estatais, o legislador infraconstitucional acertadamente prestigiou os vetores expostos no § 1º do art. 173 da Constituição Federal e concedeu às estatais ferramentas jurídicas para aumentar sua eficiência e aproximar seus procedimentos das melhores práticas do mercado. Para não perdermos a tradição nacional de metáforas futebolísticas: a estatais estão com a bola, e na cara do gol.

4.1 O regulamento de licitações e seus caminhos

Para endereçar o desafio de contratação de soluções inovadoras pelas estatais, esse artigo buscará clarear os caminhos da trilha das licitações propriamente ditas, e não das contratações diretas. Apesar de muitas vezes a contratação por inexigibilidade se mostrar, sob o aspecto técnico e operacional, a decisão mais vantajosa para a solucionar o problema na mesa, os entraves jurídicos têm prevalecido nas tomadas de decisão, sobretudo pela baixa predisposição à assunção de riscos pelos gestores e seus advogados, causada, em grande parte, pelo medo dos órgãos de controle.

Naturalmente, esse é um problema de extrema importância que deve ser massivamente debatido no campo do Direito e da Administração Pública, mas, justamente pela complexidade deste estado de coisas, buscaremos, nesse momento, propor caminhos que encontrem sustentação em institutos jurídicos já consolidados, e que permitem formatar uma licitação capaz de contratar soluções inovadoras.

6. Fórmula desenvolvida pelo pesquisador e aplicada sobre os artigos e parágrafos dos regulamentos:

$$\text{Índice de Propensão a Inovação} = \frac{\text{Inovação} + \text{Reafirmação}}{\text{Importação legal} + \text{Procedimentalização}}$$

Reforçando: a Lei 13.303/2016 deliberadamente deixou relevante liberdade normativa para as Estatais, seja pela redação do seu art. 40 seja pela sua baixa exaustividade quando comparada à lei que veio substituir (Lei 8.666/93). Nesse contexto, entendemos que há no Estatuto das Estatais caminhos a serem percorridos que podem nos levar a construir ferramentas jurídicas e operacionais eficientes para contratar soluções inovadoras por licitação.

Nessa premissa, para contratar soluções inovadoras, a estatal pode materializar o Princípio da Instrumentalidade Procedimental das licitações e positivar no seu regulamento de licitações as disposições normativas mais eficientes para tanto.

No nosso entendimento, esses caminhos estão na exploração da liberdade normativa das estatais sob a lógica do ecossistema de inovação, com o qual a administração pública deseja e precisa se conectar. Para contratar soluções inovadoras é necessário investir no desenvolvimento normativo dos critérios de julgamento que foram positivados no art. 54 da Lei 13.303/2016 e não foram procedimentalmente exauridos no texto legal.

Nesse artigo, discorreremos também sobre o importante caminho das contratações atreladas ao objeto social das estatais e oportunidade de negócios (§ 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016), que não se submetem ao regime jurídico das licitações e podem ser o meio mais eficiente para a solução do problema do dia.

4.1.1 Melhor técnica

Diferentemente da Lei 8.666/93, o Estatuto das Estatais não regulou como deve ser o procedimento do critério de julgamento melhor técnica (art. 54, IV). Dessa forma, cabe ao regulamento de licitações editado pela estatal o estabelecimento dos seus ritos, juntamente com o edital do certame. O § 2º do art. 54 consolida as diretrizes a serem seguidas na licitação:

§ 2º Na hipótese de adoção dos critérios referidos nos incisos III, IV, V e VII do *caput* deste artigo, o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento.

Vale destaque positivo para o reconhecimento que o legislador expressamente faz da existência de alguma subjetividade nos julgamentos. Ao exigir que haja “parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório destinados a limitar a subjetividade do julgamento”, o legislador obriga que o administrador defina previamente os critérios de julgamento e os divulgue no edital, para os concorrentes tenham conhecimento e seja “limitada” (e não eliminada) a subjetividade do julgamento.

Outro dispositivo legal que regula o critério melhor técnica está no § 2º do art. 34 do Estatuto:

Art. 34 [...]

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

Juntamente com a estipulação do prazo de publicidade do edital (art. 39), essas são as únicas menções legais expressas sobre o critério de julgamento melhor técnica na Lei 13.303/2016. Objetivamente: as estatais não precisam manter a lógica do tipo melhor técnica prevista na Lei 8.666/93. Elas podem, através do seu regulamento de licitações, estipular as regras procedimentais que mais se adequem às suas necessidades.

O regulamento de licitações das estatais pode conter capítulo específico para a contratação de soluções inovadoras mediante o critério melhor técnica, em que seja positivada a lógica defendida neste artigo de focar na especificação do problema e dos resultados esperados e deixar que os concorrentes, durante o procedimento licitatório, ofertem suas soluções.

Cumprindo o § 2º do art. 54 do Estatuto, os critérios de pontuação que a comissão utilizará deverão estar previamente estipulados no edital, e deverão ser construídos com base nos resultados esperados pela administração. Para viabilizar o Princípio da Isonomia, o edital deverá conter as informações

necessárias para permitir que os resultados prometidos pelas diferentes soluções ofertadas possam ser comparados, sendo mandatório que a comissão justifique suas avaliações de maneira objetiva. Pode, ainda, ser exigida a realização de testes, protótipos e/ou provas de conceito para a comprovação da aptidão técnica da solução, conforme tópico adiante.

O regulamento de licitações pode permitir que o critério melhor técnica contrate a solução inovadora que obtiver a maior pontuação do certame, desde que o valor a ser pago esteja dentro do orçamento destinado para a contratação. Como dito, não há necessidade que as estatais sigam o procedimento do tipo melhor técnica previsto na Lei 8.666/93, em que é mandatório que a administração “negocie” com o licitante que detém a melhor técnica a redução do seu preço para o menor valor ofertado, e assim sucessivamente.

A única exigência legal em relação ao valor a ser contratado que o regulamento de licitações deve respeitar é o cumprimento ao § 2º do art. 34 e, para tanto, basta que o edital divulgue o valor máximo a ser pago pela administração ou as bases da remuneração do contratado, o que pode ser aplicável nos casos em que a remuneração variar em função do seu desempenho (art. 45).

Nesse tocante, como as soluções serão conhecidas e avaliadas na fase externa da licitação, pode ainda o regulamento de licitações permitir que a pesquisa de mercado seja finalizada no curso do certame. Essa postergação pode ser necessária para que a administração tenha meios suficientes para assegurar a vantajosidade da contratação, pois como no certame haverá soluções diferentes competindo, somente após a definição da que melhor atende à necessidade exposta é que a pesquisa de mercado pode se feita com precisão.

Relembre-se que a pesquisa de mercado é um instrumento para assegurar que o valor a ser pago pela administração esteja adequado aos parâmetros de mercado, e, por isso, não há qualquer prejuízo que ela seja depurada na fase externa da licitação (desde que seja antes da assinatura do contrato). Esse procedimento também não gera prejuízo à isonomia, uma vez que na melhor técnica o valor ofertado não é parâmetro definidor da competição. O art. 57 da Lei 13.303/2016⁷ determina a negociação de condições mais vantajosas com o vencedor do certame, o que vai ao encontro da sistemática aqui defendida.

A administração pode estipular livremente como se dará a avaliação das soluções no curso do certame, desde que respeite a isonomia e divulgue os critérios de avaliação previamente.

Em resumo, o regulamento de licitações das estatais pode prever que para a contratação de soluções inovadoras pode ser utilizado o critério de julgamento melhor técnica, com os seguintes contornos:

- a) especificações técnicas focadas no problema que motivou a licitação e nos resultados esperados com a contratação.
- b) edital com critérios de avaliação que permitam a comparação de diferentes soluções.
- c) parâmetros de remuneração (valor máximo e/ou critérios).
- d) possibilidade de finalização da pesquisa de mercado no curso do certame (após a definição da melhor solução).
- e) obrigatoriedade de julgamento justificado por comissão.
- f) possibilidade de realização de fase de testes e/ou provas de conceito na fase externa do certame, mediante critérios previamente definidos (que podem ser custeadas pela administração).
- g) possibilidade de contratação do licitante que ofertar a melhor solução, independentemente da ponderação de preços com outros concorrentes, desde que o seu preço esteja dentro dos parâmetros estipulados pela administração e adequado aos valores de mercado (o que pode ser aferido no curso da licitação).

7. Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

4.1.2 Técnica e preço

Assim como na melhor técnica, as estatais têm ampla liberdade para normatizar em seus regulamentos de licitação a contratação de soluções inovadoras pelo critério técnica e preço (art. 54, III), pois a Lei 13.303/2016 também não foi exaustiva em relação ao seu procedimento, deixando para o regulamento a estipulação das suas possibilidades e limites.

No nosso entendimento, as mesmas considerações feitas no tópico acima para as licitações pelo critério melhor técnica aplicam-se às licitações cujo critério for a combinação de técnica e preço, excepcionando apenas o que a Lei 13.303/2016 discorreu expressamente (como, por exemplo, o limite de 70% para o critério mais relevante – art. 54, § 5º).

Para as contratações de soluções inovadoras, a decisão pela utilização do critério melhor técnica ou técnica e preço deverá ser balizada pela existência de vantagem para administração em ponderar a nota técnica da solução com o seu custo. Há casos em que essa ponderação pode se mostrar pouco vantajosa para a administração, pois a avaliação do custo deve levar em conta não apenas o valor a ser pago pelo contratado, mas também outros impactos para o contratante, como economia de recursos, otimização de pessoal, ou até mesmo outros que podem ter valor econômico intangível (como, por exemplo, imagem institucional).

Assim, caso a administração entenda que a solução do seu problema comporte adequadamente uma ponderação de técnica e preço, ela poderá valer-se de uma licitação com esse critério de julgamento para avaliar as soluções inovadoras que se apresentarem no certame.

Reforça-se, nesses casos, a necessidade da construção de parâmetros de avaliação a serem utilizados pela comissão que comportem um racional de “custo x benefício”, mas que assegurem que as soluções bem pontuadas no certame sejam capazes de satisfazer adequadamente a necessidade da administração. Para tanto, assim como no critério melhor técnica, devem ser construídos critérios eliminatórios qualitativos, pois a administração pública não pode correr o risco de ver sagrar-se vencedora do certame uma solução cuja qualidade não seja satisfatória mas que, pelo menor valor, tenha sido a melhor classificada na ponderação da técnica com o preço.

Em resumo, o regulamento de licitações das estatais pode prever que para a contratação de soluções inovadoras pode ser utilizado como critério de julgamento a melhor combinação de técnica e preço, com os seguintes contornos:

- a) especificações técnicas focadas no problema que motivou a licitação e nos resultados esperados com a contratação;
- b) edital com critérios de avaliação que permitam a comparação de diferentes soluções e ponderação custo x benefício;
- c) critérios técnicos eliminatórios, para impedir que a ponderação com o preço torne vencedora uma solução que não resolva adequadamente o problema;
- d) parâmetros de remuneração (valor máximo e/ou critérios).
- e) possibilidade de finalização da pesquisa de mercado no curso do certame (após a definição da melhor solução);
- f) obrigatoriedade de julgamento justificado por comissão.
- g) possibilidade de realização de fase de testes e/ou provas de conceito na fase externa do certame, mediante critérios previamente definidos (que podem ser custeados pela administração).

4.1.3 Maior retorno econômico

Outro caminho que a Lei 13.303/2016 abre para a contratação de soluções inovadoras pelas estatais é a utilização do critério maior retorno econômico (art. 54, VII), que será cabível quando a

avaliação da solução inovadora mais adequada para resolver o problema puder ser objetivada exclusivamente na vantagem financeira a ser proporcionada.

O § 2º do art. 54 também incide sobre esse critério de julgamento, determinando que o julgamento das propostas seja “efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento”.

O cabimento do critério maior retorno econômico é positivado no § 6º do art. 54, nos seguintes termos:

Art. 54

§ 2º Quando for utilizado o critério referido no inciso VII do *caput*, os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.

Nesse caso, é necessário que o edital exponha as informações e premissas para que os concorrentes façam suas propostas sob as mesmas bases e, com isso, possam ter suas soluções comparáveis de maneira objetiva.

A lei diz expressamente que o contratado se vincula com a oferta de economia que fizer no certame e que, caso não a gere, deverá arcar com a diferença ou até mesmo ser penalizado, nos termos do art. 79:

Art. 79. Na hipótese do § 6º do art. 54, quando não for gerada a economia prevista no lance ou proposta, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado.

Parágrafo único. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração do contratado, será aplicada a sanção prevista no contrato, nos termos do inciso VI do *caput* do art. 69 desta Lei.

Nesse ponto, vale ressaltar o cuidado que a administração deve ter para alocar objetivamente os riscos da relação contratual. O art. 79 é claro ao alocar no contratado o risco de performance da sua solução, mas é possível que existam variáveis que independam da sua atuação, ou mesmo que dependam exclusivamente de condutas ou condições a serem proporcionadas pela administração, o que pode relativizar a alocação integral do risco no contratado. Por isso, a matriz de riscos (art. 69, X) dessas contratações deve ser bastante objetiva e abrangente, conforme tratado em tópico específico adiante.

Em resumo, o regulamento de licitações das estatais pode prever que para a contratação de soluções inovadoras pode ser utilizado o critério de julgamento maior retorno econômico, com os seguintes contornos:

a) especificações técnicas focadas no problema que motivou a licitação e nos resultados esperados com a contratação;

b) edital com informações e parâmetros que permitam a comparação de diferentes soluções com base na economia financeira por elas prometida;

c) possibilidade de finalização da pesquisa de mercado no curso do certame (após a definição da melhor solução);

d) obrigatoriedade de julgamento justificado por comissão;

e) possibilidade de realização de fase de testes e/ou provas de conceito na fase externa do certame, mediante critérios previamente definidos (que podem ser custeados pela administração);

f) matriz de risco abrangente que aborde as variáveis da relação contratual a aloque objetivamente as respectivas responsabilidades.

4.2 Contratação relacionada ao desempenho da atividade social e/ou oportunidade de negócio

Outro importante caminho que o legislador pavimentou para o incremento da eficiência das empresas estatais está contido no § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016, que afasta a incidência do regime jurídico de licitação para os casos em que a estatal esteja executando atividade prevista em seu objeto social ou esteja concretizando oportunidades de negócio, nos seguintes termos:

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

O legislador agiu na direção da segurança jurídica para clarear o incessante debate “atividade-fim x atividade-meio” incrementando-o com a referência expressa ao objeto social das estatais (inciso I) e com a definição do que seriam oportunidades de negócio (inciso II), nos termos do § 4º:

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Assim, as contratações que forem enquadradas no § 3º do art. 28 não se submetem ao regime licitatório, o que as coloca numa sistemática jurídica diferente das contratações diretas (inexigibilidade ou dispensa de licitação) e as posiciona no regime jurídico de direito privado, por estarem na esfera de atuação mercadológica das estatais. Por serem integrantes da administração pública, os princípios que sobre elas incidem também deverão ser aplicados a esses contratos, sem que isso retire esta contratação do âmbito do direito privado e da lógica de mercado.

O jurista Alexandre dos Santos Aragão (2018) defende que o afastamento da licitação ocorrerá em todo e qualquer contrato estrategicamente relevante para a estatal em um mercado competitivo, e cita outros importantes juristas que também se posicionam no mesmo sentido⁸:

Posição plausível seria admitir a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio para efeito de obrigatoriedade ou não de licitação, ainda mais após a edição do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais, mas apenas como conceitos funcionais: de atividade-fim seria todo contrato cuja licitação prejudicaria a atuação econômica da empresa, e de atividade-meio seria o contrato que, se lícito, não prejudicaria o desenvolvimento de sua atividade empresarial.

O Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se manifestar sobre esse dispositivo do Estatuto das Estatais, e deve-se elogiar sua atuação em prestígio à eficiência perseguida pelo legislador. No Acórdão 2488/2018 o TCU estipulou requisitos para o enquadramento da contratação no inciso II do § 3º, nos seguintes termos:

São requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais):

a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;

b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;

8. Os juristas citados por Aragão que comungam desse entendimento são Floriano de Azevedo Marques Neto, Carolina Barros Fidalgo, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e José Vicente Santos de Mendonça.

c) demonstração da vantagem comercial para a estatal;

d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

Vale destacar que os requisitos estipulados pela Corte de Contas não limitam a abrangência do dispositivo legal, e estão em consonância com a doutrina especializada, conforme citado acima.

O TCU também possui jurisprudência específica sobre o inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto das Estatais. O Acórdão 2033/2017 reconheceu a inaplicabilidade do regime licitatório para contratações relacionadas à prestação de serviços relacionados ao objeto social das estatais, mas reforçou a necessidade de respeito à isonomia, impessoalidade e transparência, em decorrência da incidência dos princípios que regem a administração pública:

Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente.

Nesse contexto, as lições dos doutrinadores aqui trazida e a jurisprudência do TCU nos levam à pavimentação de mais um caminho para a contratação de soluções inovadoras pela administração pública: contratação fundamentada no inciso I e/ou II do § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 precedida de procedimento de seleção. Vale ressaltar que sobre essas contratações não incide o regime jurídico que rege as licitações, mas sim o que rege as relações do mercado em que a estatal se insere.

Nos casos em que a estatal entender que o problema por ela enfrentado a conduzirá para uma contratação passível de ser enquadrada em algum dos incisos do § 3º do art. 28 do Estatuto, ela poderá publicar edital que estipule o procedimento seletivo que justificará a escolha da melhor solução inovadora. Vale ressaltar que esse edital instrumentaliza uma chamada pública, destinada a conferir publicidade e isonomia ao processo seletivo, e não um processo licitatório.

Nesse enquadramento jurídico, a estatal poderá no seu edital especificar o problema por ela enfrentado e os critérios para avaliar a melhor solução inovadora. Assim como defendemos nos casos em que será cabível um procedimento licitatório, por se tratar de uma contratação de solução inovadora, a estatal poderá focar suas especificações na descrição do problema e nos resultados esperados, deixando a escolha da solução para ser materializada no curso do processo seletivo, por meio de critérios previamente definidos e julgamento justificado da comissão. Reforçamos que essa nos parece ser a estratégia de contratação mais eficiente para a obtenção de soluções inovadoras.

Podemos configurar um exemplo para ilustrar melhor essa hipótese: uma estatal do setor bancário pretende valer-se de solução digital para maximizar a oferta de crédito a potenciais clientes por meio de *fintechs* que se remunerem por comissões nas operações que realizar. Enquadrada possivelmente nos dois incisos do § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016, a estatal poderia lançar edital de chamada pública para selecionar a solução que se mostrar mais eficiente segundo os critérios expostos, e firmar com um ou mais concorrentes contratos privados.

As regras do processo seletivo baseado no § 3º do art. 28 do Estatuto são de livre estipulação pela estatal, que deve reverência aos princípios que regem a administração pública (e não às regras de licitação do Estatuto), e devem materializar o procedimento mais adequado para maximizar a eficiência da respectiva atividade empresarial. Por não estarem sujeitas ao regime licitatório, essas contratações prescindem da existência de regulamento prévio, podendo seus critérios serem estabelecidos no caso concreto pela alçada decisória competente.

4.3 Fases de testes e provas de conceito

Tanto nos procedimentos licitatórios, em todos os critérios de julgamento, quanto nas contratações enquadradas no § 3º do art. 28 do Estatuto, o edital pode estipular a realização de testes e provas de conceito para embasar a escolha da solução vencedora. A Lei 13.303/2016 não possui qualquer vedação quanto a esse ponto e o regulamento de licitações juntamente com o edital podem estipular livremente esses procedimentos.

Como objetivo é viabilizar a contratação de soluções inovadoras, vale registrar a necessidade de sensibilidade quanto a uma possível restrição de competitividade em decorrência dos custos com os testes ou prova de conceito, haja vista o porte da maioria das empresas desse mercado.

O ecossistema de inovação é maciçamente formado por *startups*, que muitas vezes estão no início da sua vida empresarial e ainda não possuem folego financeiro para suportar uma fase de testes ou prova de conceito. Por isso, quando se mostrar necessária para a avaliação da solução, a fase de testes ou a prova de conceito pode ser custeada pela própria administração pública, que estará maximizando a competitividade e investindo na obtenção da solução mais eficiente para solucionar seu problema.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento que posiciona as provas de conceito na fase externa da licitação:

Provas de conceito não devem ser utilizadas na fase interna da licitação (planejamento da contratação), uma vez que não se prestam a escolher solução de TI e a elaborar requisitos técnicos, mas a avaliar, na fase externa, se a ferramenta ofertada no certame atende às especificações técnicas definidas no projeto básico ou no termo de referência. (Acórdão 2059/2017-Plenário)

Essa posição é convergente com a sistemática de especificação do problema defendida neste artigo por permitir que o mercado participe da avaliação que a administração fará da solução a ser por ela escolhida.

Outra solução juridicamente viável, que pode se mostrar necessária diante da especificidade do caso concreto, colocar a prova de conceito como uma etapa do contrato e estabelecer as metas de desempenho que, caso não alcançadas, ensejariam a rescisão contratual pela administração. A Lei 13.303/2016 foi expressa ao estabelecer que os contratos são regidos pelas regras de direito privado (art. 68), e tornou necessária a estipulação das causas de rescisão (art. 69, VII), que podem conter condições de performance da prova de conceito.

4.4 Errar é preciso (mas coloque na matriz de riscos)

Por estarmos no campo das soluções inovadoras, há a presença natural e inafastável de incertezas, sejam nos quesitos relacionados ao desempenho técnico da solução quanto econômico da empresa. O ambiente de inovação lida muito bem com essas incertezas ao ponto de considerarem o erro uma etapa absolutamente natural e positiva para o processo. O lema que rege o ecossistema de inovação é “erre o mais rápido possível”, pois o que interessa é aprender com o erro, e rápido. É uma lógica incompatível com a cultura vigente na administração pública.

Para se conectar com o ecossistema de inovação, a administração pública precisa atualizar seus aplicativos culturais e institucionais, sob pena de ficar de fora das novas tecnologias e aumentar exponencialmente o *gap* de eficiência entre o setor público e o privado. Nesse contexto, uma necessidade premente é naturalizar o erro, inclusive nas contratações públicas. O erro é natural em qualquer atividade humana, sobretudo nas inovações. Para promover essa mudança cultural, a interação com os atores do ecossistema de inovação e com os órgãos de controle é fundamental.

A Lei 13.303/2016 conferiu às estatais mais uma eficaz ferramenta para ser usada nas contratações de soluções inovadoras: a matriz de riscos. Definida no inciso X do art. 42, ela deve conter os elementos que vão nortear a resolução de incertezas e problemas no curso das contratações:

X – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus

financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

A matriz de riscos deve ser a ferramenta jurídica que internaliza nas contratações públicas as incertezas inerentes às inovações. Como a única saída para afastar totalmente os riscos inerentes às soluções inovadoras é não contratá-las (e isso não nos parece uma opção), é necessário que a matriz de riscos seja utilizada para que haja adequada alocação de responsabilidades e aumente a segurança jurídica.

4.5 Habilitação

Outro ponto de atenção para as contratações de soluções inovadoras é em relação às exigências de habilitação estabelecidas pelas estatais nas suas licitações. Como o ecossistema de inovações é formado em grande parte por *startups*, é necessário que as exigências habilitatórias sejam calibradas para que inviabilizem a participação daquelas que possuam boas soluções inovadoras mas não preenchem as condições usualmente exigidas nos procedimentos licitatórios.

As exigências habilitatórias são ferramentas para conferir segurança e eficiência à contratação, e, caso sejam estabelecidas com rigor excessivo perante o mercado alvo da licitação, se tornarão instrumentos de ineficiência por impedir a obtenção da melhor solução pela administração.

No caso das estatais, essa calibração pode ser feita de forma bastante flexível, visto que o art. 58 do Estatuto deixou enorme margem para customização das exigências habilitatórias, nos seguintes termos:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

- I – exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;
- II – qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;
- III – capacidade econômica e financeira;
- IV – recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Alguns comentários são importantes para ressaltar a inteligência da lei ao deixar ampla margem de flexibilidade para as estatais.

O inciso I, que faz as vezes de habilitação jurídica, é suficientemente claro para que a administração possa customizar exigências compatíveis com o mercado de inovação e com a realidade das *startups*. A lei fez questão de não exigir o tradicional “estatuto social devidamente registrado”, limitando-se a exigir que o licitante demonstre legitimidade jurídica para ofertar sua proposta no certame.

Assim, é perfeitamente possível, ou melhor, recomendado, que nas contratações que se destinem a acessar o mercado de inovação, o edital permita que os licitantes participem do certame comprovando apenas a legitimidade jurídica para ali estarem, e que sejam postergadas para a assinatura do contrato, ou até mesmo para um momento posterior à assinatura, as formalidades definitivas.

A habilitação técnica, prevista no inciso II, também permite que a administração calibre livremente as exigências do edital para acessar de forma eficaz o mercado de inovação. Para tanto, é preciso abandonar a lógica ultrapassada de exigir “atestados de capacidade técnica”, sob pena de inviabilizar totalmente a participação de *startups* nos certames. A lei fala apenas em “qualificação técnica”, que pode ser demonstrada de diversas maneiras, sendo talvez a mais eficiente delas a realização de testes, amostras e provas de conceito.

Esse ponto é mais um exemplo da necessidade de atualização da sistemática jurídica e operacional vigente, notadamente para as estatais. A realização de amostra para a verificação do atendimento dos requisitos do edital sempre foi posicionada como uma etapa da aceitação da proposta do licitante, e não como parte da habilitação (esse é o entendimento pacífico do TCU – Acórdão 1.291/2011 – Plenário). Esse posicionamento se justifica no âmbito da Lei 8.666/93, cujo rol de exigências habilitatórias é exaustivo, e, por isso, não comporta a inclusão da fase de amostra. O art. 58 da Lei 13.303/2016 fala apenas em “qualificação técnica”, e não discorre sobre sua forma de comprovação. A conjunção dessa redação com a do art. 40 legitimam o regulamento de licitações das estatais a discorrer sobre a forma de comprovação da qualificação técnica, inclusive permitindo a realização de amostras, testes ou provas de conceito para tanto.

As *startups* se caracterizam pela alta capacidade técnica dos seus integrantes e pela alta valorização da confiança mercadológica, mas também pelo pouco tempo de existência e pela aversão a formalismos. A exigência de atestados de capacidade técnica é prática incompatível com a contratação de soluções inovadoras. É imperioso que as estatais exerçam a liberdade que lei as conferiu e se conectem com a lógica do ecossistema de inovação.

Sobre a capacidade econômico-financeira recai a mesma necessidade de adequação procedimental. A lei foi extremamente flexível e deixou para a estatal total liberdade para estipular as exigências editalícias. Aqui também recai a necessidade de atualizar o roteiro cristalizado da Lei 8.666/93: balanço patrimonial do último exercício social, certidão negativa, índices contábeis, garantia, etc. Repetir essas exigências é o caminho certo para inviabilizar a obtenção de uma solução inovadora numa licitação. As estatais precisam utilizar a liberdade legal e exigir o estritamente necessário para a participação no certame, inclusive permitindo que exigências sejam cumpridas pelos sócios, caso a empresa ainda não esteja totalmente constituída.

Vale ressaltar que a redação do art. 58 determina que a habilitação será apreciada exclusivamente por esses parâmetros, o que reforça a obrigação da estatal de abster-se de exigir condições rigorosas demais. Para o mercado de inovação, a lógica que deve reger as licitações deve ser de flexibilização das condições de habilitação e possibilidade de postergação comprovações definitivas para o momento de assinatura do contrato, ou mesmo para um momento posterior. Somente com essa sensibilidade a administração estará se alinhando com o ecossistema de inovação, sobretudo por tornar as licitações uma possibilidade de impulsionar programas de aceleração e de conferir tração para as *startups*.

4.6 Garantia contratual – escalonamento ou dispensa

Outro ponto usualmente citado pelas *startups* como grande entrave nas licitações é a exigência de garantia contratual, o que a lei diz ser discricionariedade do gestor mas que na prática é quase uma cláusula pétrea dos editais de licitação.

Como o objetivo da garantia é cobrir eventuais multas ou danos na execução contratual, os gestores se sentem inseguros de abrir mão da exigência de garantia, mesmo reconhecendo que muitas vezes elas apenas encarecem as contratações e não garantem uma indenização satisfatória.

Nas licitações destinadas a contratar soluções inovadoras essa exigência pode restringir excessivamente a competitividade e impedir que a administração obtenha a melhor solução para o seu problema. Isso porque é característico das *startups* a pouca maturidade econômica, que as impede de conseguir uma fiança bancária ou dispor de uma quantia significativa para depositar como caução.

Nesse contexto, mais uma vez, é necessário que os gestores e seus advogados utilizem a liberdade normativa da lei para adequarem seus procedimentos licitatórios ao mercado que pretendem

atingir. O art. 70 do Estatuto diz que “poderá” ser exigida garantia, e o seu § 2º diz que ela “não excederá a 5% do valor do contrato”. Isso quer dizer que a administração pode pedir qualquer percentual abaixo de 5, inclusive zero.

Dessa forma, como no Direito prevalece a máxima “quem pode o mais, pode o menos”, é perfeitamente possível que o edital exija um percentual menor do que 5%, e mais, é possível ainda que o percentual exigido seja depositado de forma escalonada pelo contratado, mediante o depósito de determinada fração do seu fluxo de pagamentos. Ou seja, o contrato pode prever que um percentual da fatura seja retido pelo contratante para compor a caução destinada à garantia contratual, pelo período de tempo necessário para integralizá-la.

Essa sistemática compatibiliza a exigência de garantia pelos gestores com as possibilidades das *startups*, levando para a administração os efeitos positivos decorrentes do aumento de soluções inovadoras ofertadas no certame e, possivelmente, da diminuição dos valores das propostas dos concorrentes, pois o custo financeiro das garantias é naturalmente embutido no preço dado pelos licitantes.

5 Caminhos para a administração direta

A administração direta não possui a mesma flexibilidade normativa das empresas estatais, mas nem por isso não há caminhos que permitam a contratação de soluções inovadoras nos mesmos moldes defendidos para as estatais. A seguir, discutiremos brevemente sobre algumas teses que entendemos poder prover sustentação jurídica para procedimentos promovidos pela administração direta com a mesma lógica defendida neste artigo: especificar o problema a ser solucionado, e não a solução a ser contratada.

5.1 Regulamentação por lei: estados e municípios

A incidência normativa da Lei 8.666/93 varia de intensidade para os diferentes entes normativos. O inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal diz que compete à União legislar sobre “normas gerais de licitação”, o que deixa para Estados e Municípios liberdade normativa para estipularem “normas específicas”.

A definição do que na Lei 8.666/93 é norma geral ou norma específica é bastante dinâmica no mundo jurídico. O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão algumas vezes⁹ e a doutrina jurídica possui vasta produção sobre o assunto¹⁰. Para este artigo, consideraremos que as soluções jurídicas aqui defendidas encontram-se na esfera de liberdade normativa dos Estados e Municípios dentro do conceito de “norma específica”, entendimento que, na nossa visão, está em consonância com a jurisprudência do STF e com a doutrina referenciada.

Nessa premissa, entendemos que os Estados e Municípios podem editar leis instituindo os mesmos procedimentos defendidos neste artigo no tópico relativo às empresas estatais. A sistemática aqui defendida de mudar o foco das especificações técnicas da solução para o problema está dentro da legitimidade normativa dos Estados e Municípios, assim como a sistemática procedimental dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”.

5.2 Administração direta e a Lei 8.666/93

No âmbito da União Federal, a Lei 8.666/93 estabelece normas gerais e específicas, o que faz ser necessária lei federal para normatização legal diferente. A sua definição de projeto básico e a sistemática normativa dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” (art. 46) inviabilizam juridicamente a adoção das soluções deste artigo. O mesmo entendimento vale para os demais entes federativos que não possuam normatização legal diversa.

9. Destacam-se: ADI nº 927-3 (MC); ADI nº 3.059 (MC); ADI nº 3.158-9.

10. Ver, por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.

Vale relembrar a definição de projeto básico contida no art. 6º:

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

A Lei 8.666/93 torna o projeto básico, nos termos dessa definição, elemento obrigatório para as licitações, conforme disposições do art. 7º e art. 40. Como defendido neste artigo, o projeto básico exigido pela Lei 8.666/93 é uma ferramenta incapaz de viabilizar a contratação de soluções inovadoras, o que é agravado pela sistemática procedimental dos artigos 45 e 46 (melhor técnica e técnica e preço).

Essa incompatibilidade entre os institutos legais e a contratação de uma solução inovadora por licitação é uma premissa cuja fundamentação é eminentemente técnica (e não jurídica), e é corroborada de forma unânime por todos os integrantes do ecossistema de inovação.

Dessa forma, pode-se dizer que a administração direta não possui institutos jurídicos capazes de viabilizar a contratação de soluções inovadoras por meio de licitação. A modalidade concurso, prevista na Lei 8.666/93, não se destina a contratação propriamente dita de serviços ou de soluções de tecnologia.

É comum a promoção de HHconcursos para a identificação de soluções inovadoras para problemas enfrentados pela administração, mas seus instrumentos de incentivo basicamente se limitam a premiações e não viabilizam a assinatura do contrato. Na maioria das vezes, ao final do concurso, a administração se vê diante de outro problema: como contratar a solução premiada? A energia (\$) gasta para solucionar esse dilema, junto com a provável realização de outro procedimento seletivo (e suas incertezas intrínsecas) e com a perda de oportunidades de contratação, não nos parece aproximar a administração pública do Princípio da Eficiência.

Assim, entendemos que a administração direta possui fundamentação técnica e jurídica para sustentar a inexigibilidade de licitação como o único caminho possível para a contratação de soluções inovadoras. O art. 25 da Lei 8.666/93 diz a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, o que ocorre diante das regras de competição definidas pela própria lei. Contudo, considerar que é inviável a competição nos termos da Lei 8.666/93 não significa dizer que é inviável a competição sob outros parâmetros procedimentais que também observem os princípios da administração pública.

Para a contratação de soluções inovadoras, o procedimento seletivo deve focar na especificação do problema, para permitir que todas as soluções capazes de resolvê-lo possam ser ofertadas e julgadas no procedimento e por não exigir que a administração gaste muita energia tentando mapear as

soluções disponíveis no mercado para incluí-las nas suas especificações técnica, o que, diante da complexidade do ecossistema de inovação, é um exercício de distanciamento da eficiência.

Assim, diante da sistemática legal da Lei 8.666/93, consideramos que a contratação de soluções inovadoras pela administração direta pode ser enquadrada como uma inexigibilidade de licitação, que, para respeitar os princípios da administração pública, deve, em regra, ser precedida de procedimento seletivo público e impessoal. Este procedimento deve especificar o problema que a administração objetiva resolver e os resultados por ela esperados, para que as soluções inovadoras ofertadas sejam analisadas e comparadas através de critérios previamente definidos, por comissão que detenha conhecimento técnico para tanto.

5.2.1 Inexigibilidade + procedimento seletivo: segurança jurídica

Para viabilizar a tese aqui defendida para a administração direta, é necessário conferir segurança jurídica para os gestores públicos, haja vista que a realização de uma inexigibilidade de licitação é um procedimento que os expõe consideravelmente, sobretudo pela atuação cada vez mais rigorosa dos órgãos de controle.

Dessa forma, como a inexigibilidade para a contratação de soluções inovadoras é estrutural, ou seja, decorre da incompatibilidade dos procedimentos da Lei 8.666/93 com as características intrínseca das inovações e, portanto, pode ser declarada para todas as contratações que demandem soluções inovadoras, entendemos que o tratamento jurídico mais seguro é o enquadramento pelo chefe do poder executivo, mediante decreto ou parecer jurídico vinculante da sua procuradoria.

Ao chefe do poder executivo cabe exercer a direção superior da administração direta (art. 84, II, CRFB/88), o que o legitima para reconhecer a ineficiência causada pela impossibilidade de contratação de soluções inovadoras por licitação e determinar a observância de procedimento seletivo capaz de viabilizar essas contratações, sempre com respeito aos princípios da administração pública. Como defendido neste artigo, é necessária a estipulação de procedimento seletivo que foque na especificação do problema e deixe a escolha da melhor solução para o momento do julgamento das propostas ofertadas, sempre com base em critérios previamente definidos e mediante justificativa expressa dos membros da comissão.

Até que haja instrumentos legais que permitam configurar esse tipo de procedimento como uma licitação (como as estatais podem fazer pelos seus regulamentos), a administração direta não pode continuar perdendo oportunidades de incrementar sua eficiência com as soluções inovadoras que se multiplicam em projeção geométrica no ecossistema de inovação. As ferramentas jurídicas existentes devem ser manejadas na direção da instrumentalidade procedimental para que a administração pública possua, de imediato, soluções para maximizar suas entregas para sociedade e economizar recursos públicos.

6 Conclusão

A contratação de soluções inovadoras pela administração pública demanda uma mudança de paradigma: as especificações técnicas devem focar no problema a ser resolvido e nos resultados esperados, e não na solução previamente mapeada. A melhor solução para o problema deve ser avaliada no curso do certame, mediante critérios previamente definidos e julgamento justificado por comissão tecnicamente capacitada.

A Lei 13.303/2016 deu às empresas estatais a legitimidade normativa para positivar essa sistemática procedimental no seu regulamento de licitações. Já a administração direta precisa valer-se instrumentos jurídicos pouco utilizados, mas que podem abrir os mesmos caminhos procedimentais.

Com base na legislação atual, soluções inovadoras podem ser contratadas pela administração pública, sendo necessário, para tanto, que ela se coadune com as características do ecossistema de inovação, dentre as quais não estão a burocratização e a aversão a riscos.